

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE150049-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

## Beschluss und Urteil vom 15. August 2016

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

sowie

1. **C.**\_\_\_\_\_,

2. **D.**\_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 11. Juni 2015 (EE150002-E)**

### Rechtsbegehren:

#### I. der Gesuchstellerin (Urk. 18 S. 1):

- "1. Es sei festzustellen, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind (Art. 175 i.V.m. Art. 176 Abs. 1 ZGB) und sie seit dem 8. Januar 2015 bereits getrennt leben.
2. Die Kinder der Parteien C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2003, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2006, (recte: seien) unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
3. Dem Gesuchsgegner sei ein Besuchsrecht im Sinne der nachfolgenden Ausführungen einzuräumen (keine Übernachtungen).  
Insbesondere sei einstweilen von einem Ferienbesuchsrecht abzusehen; ev. sei dem Gesuchsgegner zu verbieten, mit den Kindern Ferien im Ausland, insbesondere in Sri Lanka, zu verbringen bzw. diese dorthin zu bringen.
4. Die eheliche Wohnung an der ... [Adresse] sei der Klägerin (recte: Gesuchstellerin) mitsamt Hausrat und Mobiliar zur alleinigen Benützung für sich und die Kinder zuzuweisen (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).
5. Der Beklagte (recte: Gesuchsgegner) sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für sich und die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge im Sinne der nachfolgenden Ausführungen zu bezahlen, zahlbar je monatlich und zum voraus, rückwirkend ab Januar 2015 (Art. 173 Abs. 3 i.V.m. Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).  
Die Arbeitgeberin, E.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse], (recte: sei) anzuweisen, die Unterhaltsbeiträge unter Abzug vom Lohn des Beklagten (recte: Gesuchsgegners) direkt an die Gesuchstellerin auszuführen, unter Androhung der doppelten Zahlungspflicht im Unterlassungsfalle.
6. Es seien Schutzmassnahmen im Sinne von Art. 28 ZGB zu ergreifen, und es sei dem Gesuchsgegner zu befehlen, nicht in die Nähe der Gesuchstellerin zu gelangen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten (recte: Gesuchsgegners)."

#### II. des Gesuchsgegners (Urk. 20 S. 2 f.):

- "1. Die Parteien seien zum Getrenntleben auf unbestimmte Zeit berechtigt zu erklären, und es sei Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit 8. Januar 2015 getrennt leben.
2. Die gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2003, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2006, seien für die Dauer des Getrenntlebens unter die elterliche Obhut des Gesuchsgegners zu stellen.
3. Der Gesuchstellerin sei ein angemessenes Besuchs- und Ferienbesuchsrecht auf eigene Kosten einzuräumen.

4. Die eheliche Wohnung an der ... [Adresse] sei für die Dauer der Trennung mit Hausrat und Mobiliar dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung zuzuweisen.
5. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, die eheliche Wohnung an der ... [Adresse] bis spätestens 1. Mai 2015 zu verlassen.
6. Der Personenwagen Nissan Qashqai, ZH ..., sei für die Dauer der Trennung dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung zuzuweisen. Die Gesuchstellerin sei anzuweisen, dem Gesuchsgegner sämtliche Autoschlüssel herauszugeben.
7. Es sei vorzumerken, dass der Gesuchsgegner angesichts der Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin einstweilen auf Unterhaltsbeiträge für die Kinder verzichtet.
8. Es sei festzustellen, dass sich die Parteien gegenseitig keinen persönlichen Unterhalt schulden.
9. (...)  
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin."

**Verfügung und Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am  
Bezirksgericht Hinwil vom 11. Juni 2015:**

(Urk. 61, Urk. 74 = Urk. 83)

**Es wird verfügt:**

1. Den Gesuchstellern wird je die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Der Gesuchstellerin wird Rechtsanwalt lic.iur. Y.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Dem Gesuchsgegner wird Rechtsanwältin Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind und seit dem 8. Januar 2015 bereits getrennt leben.
2. Die gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2003, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. a) Der Gesuchsgegner wird berechtigt erklärt, die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ je am ersten und dritten Samstag eines jeden Monats von 09.00 Uhr bis 20.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.  
  
b) Dem Gesuchsgegner wird derzeit kein Ferienbetreuungsrecht eingeräumt.
4. Die mit Verfügung vom 21. Mai 2015 angeordnete Beistandschaft wird weitergeführt. Dem Beistand wird zusätzlich zu den Aufgaben und Kompetenzen gemäss der obgenannten Verfügung der Auftrag erteilt, eine sozialpädagogische Familienbegleitung zu installieren und zu überwachen und für deren Finanzierung besorgt zu sein.
5. Die eheliche Wohnung an der ... [Adresse] wird für die Dauer des Getrenntlebens samt Mobiliar und Hausrat der Gesuchstellerin und den Kindern zur alleinigen Benutzung zugewiesen.
6. Der Personenwagen Nissan Qashqai, ZH ..., wird für die Dauer der Trennung dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung zugewiesen. Die Gesuchstellerin wird angewiesen, dem Gesuchsgegner auf erstes Verlangen sämtliche Autoschlüssel herauszugeben, soweit sie sich noch in ihrem Besitz befinden.

7. a) Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, für die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ Unterhaltsbeiträge von je Fr. 625.– zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen, jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend per 8. Januar 2015.
- b) Der Antrag betreffend Anweisung der Arbeitgeberin des Gesuchsgegners auf direkte Überweisung der Unterhaltsbeiträge wird abgewiesen.
- c) Die Unterhaltsbeiträge gemäss lit. a vorstehend basieren auf den folgenden finanziellen Verhältnissen der Parteien (pro Monat):
- Einkommen der Gesuchstellerin: netto ca. Fr. 1'600.–
  - Einkommen des Gesuchsgegners: netto Fr. 4'386.– (zuzüglich Kinderzulagen)
  - Notbedarf der Gesuchstellerin: Fr. 5'551.–
  - Notbedarf des Gesuchsgegners: Fr. 3'139.–
8. Der Gesuchstellerin werden mangels Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zugesprochen.
9. Der Antrag, es seien Schutzmassnahmen im Sinne von Art. 28 ZGB zu ergreifen und es sei dem Gesuchsgegner zu befehlen, nicht in die Nähe der Gesuchstellerin zu gelangen, wird abgewiesen.
10. Die Entscheidgebühren werden festgesetzt auf:  
Fr. 4'200.–; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 750.– Dolmetscherkosten.  
Wird auf Begründung verzichtet, ermässigt sich die Gerichtsgebühr auf zwei Drittel.  
Weitere Auslagen, insbesondere die Kosten der Vertretung der Kinder bleiben vorbehalten.
11. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt, zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse

genommen. Der Gesuchsgegner wird auf die allfällige Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO aufmerksam gemacht.

12. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 12'000.– zu bezahlen. Infolge offensichtlicher Uneinbringlichkeit wird Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ mit Fr. 12'000.– aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Anspruch auf diese Parteientschädigung geht an die Gerichtskasse über.
13. (Mitteilungssatz)
14. (Rechtsmittelbelehrung)
15. Ziffer 4 vorstehend wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

### **Berufungsanträge:**

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 82 S. 3 ff.):

#### **"A. Hauptbegehren Obhut**

(Dispositiv Ziff. 2, 3, 4, 5, 7, 11 und 12 des angefochtenen Urteils)

1. Dispositiv Ziff. 2 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und stattdessen sei Folgendes anzuordnen:  
Die gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2003, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige Obhut des Gesuchsgegners gestellt.
2. Eventualiter sei ein Gutachten zur Erziehungsfähigkeit beider Parteien einzuholen.
3. Dispositiv Ziff. 3 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und stattdessen sei Folgendes anzuordnen:  
Die Gesuchstellerin wird berechtigt erklärt, die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ wie folgt auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:  
- jedes zweite Wochenende von Freitag, 18 Uhr, bis Sonntag, 18 Uhr  
- während der Schulferien für die Dauer von vier Wochen pro Jahr.
4. Dispositiv Ziff. 4 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und stattdessen sei Folgendes anzuordnen:

Die mit Verfügung vom 21. Mai 2015 angeordnete Beistandschaft wird weitergeführt. Der eingesetzte Beistand wird beauftragt, das Kindeswohl zu überwachen, bei Konflikten zu vermitteln und das Besuchsrecht unter Einbezug aller Beteiligten veränderten Situationen gegebenenfalls vorübergehend anzupassen.

5. Dispositiv Ziff. 5 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und stattdessen sei Folgendes anzuordnen:

Die eheliche Wohnung an der ... [Adresse] wird für die Dauer des Getrenntlebens samt Mobiliar und Hausrat der Gesuchstellerin zur alleinigen Benutzung zugewiesen.

6. Dispositiv Ziff. 7 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und stattdessen sei Folgendes anzuordnen:

Es wird vorgemerkt, dass der Gesuchsgegner angesichts der aktuellen Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin einstweilen auf Unterhaltsbeiträge für die Kinder verzichtet.

7. Dispositiv Ziff. 11 und 12 des angefochtenen Urteils seien aufzuheben und die Kosten- und Entschädigungsfolgen ausgangsgemäss neu festzulegen.

## **B. Eventualbegehren Besuchsrecht**

(Dispositiv Ziff. 3, 11 und 12 des angefochtenen Urteils)

1. Im Falle einer Obhutszuteilung an die Berufungsbeklagte sei Dispositiv Ziff. 3 des angefochtenen Urteils aufzuheben und stattdessen Folgendes anzuordnen:

Der Gesuchsgegner wird berechtigt erklärt, die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ wie folgt auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:

- jedes zweite Wochenende von Freitag, 18 Uhr, bis Sonntag, 18 Uhr
- jeden Mittwochnachmittag von 14 Uhr bis 19 Uhr
- während der Schulferien für die Dauer von vier Wochen pro Jahr.

Ausserdem wird der Gesuchsgegner berechtigt erklärt, unter der Woche telefonisch wie folgt mit den Kindern Kontakt aufzunehmen:

- jeden Montag, zwischen 17 und 18 Uhr
- jeden Donnerstag, zwischen 17 und 18 Uhr.

Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den telefonischen Kontakt zu seinen Kindern zu den besagten Zeiten zu ermöglichen.

2. Dispositiv Ziff. 11 und 12 des angefochtenen Urteils seien aufzuheben und die Kosten- und Entschädigungsfolgen ausgangsgemäss neu festzulegen.

### **C. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten."

Prozessualer Antrag:

"Dem Berufungskläger sei für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und die unentgeltliche Rechtsvertretung durch die Unterzeichnende zu gewähren."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 90 S. 2 f.):

- "1. Die Berufung sei mit nachfolgenden Ausnahmen vollumfänglich abzuweisen:
  - dem Berufungskläger sei ein angemessen erscheinendes Besuchsrecht zu gewähren,
  - dem Berufungskläger sei eventuell ein angemessenes Ferienbesuchsrecht einzuräumen (allerdings mit der Weisung verbunden, mit den Kindern nicht ins Ausland zu reisen).
2. Für den Eventualfall der Obhutsuteilung über die Kinder an den Berufungskläger sei der Berufungsbeklagten ein angemessenes Besuchs- und Ferienbesuchsrecht im Sinne der nachfolgenden Ausführungen zu gewähren.
3. Der prozessuale Antrag des Berufungsklägers, es sei ein Gutachten zur Erziehungsfähigkeit beider Parteien einzuholen, sei abzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zulasten des Berufungsklägers.

Sodann stelle ich namens der Berufungsbeklagten das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung (in der Person des Unterzeichneten RA Y.\_\_\_\_\_) für das Berufungsverfahren."

der Verfahrensbeteiligten (Urk. 86 S. 2):

- "1. Es sei ein kinder- und jugendpsychiatrisches Gutachten über die Erziehungsfähigkeit beider Kindseltern einzuholen.
2. Es sei der Kindsvertretung nach Vorliegen des Gutachtens erneut Frist zur Antragstellung anzusetzen."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder: C.\_\_\_\_\_, geb. am tt.mm.2003, und D.\_\_\_\_\_, geb. am tt.mm.2006. Seit dem 13. Januar 2015 standen sie sich vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren gegenüber. Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 74 E. II = Urk. 83 E. II). Die Vorinstanz regelte das Getrenntleben der Parteien mit eingangs wiedergegebenem, zunächst unbegründetem Urteil vom 11. Juni 2015 (Urk. 61). Am 20. resp. 21. August 2015 (vgl. Urk. 76) wurde den Parteien auf Verlangen des Gesuchsgegners (vgl. Urk. 63) die begründete Fassung des Urteils zugestellt (Urk. 74 = Urk. 83).

2. Mit Eingabe vom 31. August 2015 (Urk. 82) erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Gesuchsgegner) innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte. Mit Verfügung vom 18. September 2015 (Urk. 85) wurde der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Gesuchstellerin) sowie den Verfahrensbeteiligten Frist zur Berufungsantwort angesetzt. Die vom 30. September 2015 und vom 5. Oktober 2015 datierenden Berufungsantwortschriften der Gesuchstellerin (Urk. 90) und der Verfahrensbeteiligten (Urk. 86) gingen innert Frist ein. Mit Beschluss vom 23. Oktober 2015 (Urk. 94) wurden die Berufungsantwortschriften den Gegenparteien zur Kenntnisnahme zugestellt und die Einholung einer schriftlichen Auskunft des Beistandes über die gegenwärtige Situation der Kinder angeordnet. Diese wurde mit Eingabe vom 17. November 2015 (Urk. 96) erstattet und den Parteien sowie den Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 11. Dezember 2015 (Urk. 99) zur Stellungnahme zugestellt. Die Stellungnahmen der Parteien sowie der Verfahrensbeteiligten zur schriftlichen Auskunft des Beistandes erfolgten am 16., 24. und 28. Dezember 2015 (Urk. 100, 102 und 103). In der Folge gingen weitere Eingaben der Gesuchstellerin, datierend vom 19. und 23. Februar 2016 beziehungsweise vom 2. März

2016 (Urk. 106, 108/B und 110) ein, welche dem Gesuchsgegner sowie den Verfahrensbeteiligten jeweils zur Kenntnisnahme zugestellt wurden. Am 26. April 2016 beschloss die Kammer die Einholung eines Berichts der sozialpädagogischen Familienbegleitung (Urk. 115). Dieser ging am 17. Mai 2016 (vgl. Urk. 120) hierorts ein (Urk. 121). Die Stellungnahmen der Parteien sowie der Verfahrensbeteiligten dazu ergingen innert der mit Verfügung vom 1. Juni 2016 (Urk. 123) angesetzten Frist am 13. und 21. Juni 2016 beziehungsweise am 4. Juli 2016 (Urk. 129-131). Eine weitere Eingabe wurde von der Gesuchstellerin am 16. Juli 2016 (Urk. 136) erstattet.

## II.

1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind die Obhutszuteilung, die Regelung des Besuchsrechts, die Beistandschaft, die Zuteilung der ehelichen Wohnung, die Kinderunterhaltsbeiträge sowie die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen. Die Dispositivziffern 1, 6 und 8-10 des vorinstanzlichen Eheschutzentscheides blieben unangefochten, weshalb diese in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Dies ist vorzumerken.

2. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Art. 317 Abs. 1 ZPO ist auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, zu beachten (BGE 138 III 626 E. 2.2). Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz. 2414 f.). Unverschuldet nicht vorgetragene unechte Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Beru-

fungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können grundsätzlich nur noch echte Noven vorgebracht werden, und zwar längstens bis zum Beginn der Urteilsberatung. Dies gilt auch für Verfahren, die - wie vorliegend - der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 788 Erw. 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz 1172). Mit Ausnahme von Urk. 92/1 handelt es sich bei sämtlichen von der Gesuchstellerin und den Verfahrensbeteiligten im Berufungsverfahren erstmals eingereichten Beilagen (Urk. 88/2-3, 92/2-14, 101/1, 104, 107/1-2, 111 und 133/1-4) um echte Noven, welche demnach zu berücksichtigen sind.

3. Die Prozessbeiständin der Kinder beantragt, es sei ein kinder- und jugendpsychiatrisches Gutachten über die Erziehungsfähigkeit beider Kindseltern einzuholen (Urk. 86 S. 2). Der Gesuchsgegner fordert die Einholung eines solchen im Eventualantrag (Urk. 82 S. 3). Dazu ist festzuhalten, dass es im Eheschutzverfahren darum geht, möglichst rasch eine optimale Situation für das Kind zu schaffen. Langwierige Abklärungen, etwa durch Gutachten, sollten dabei auch im Streitfall nicht die Regel sein, sondern nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände (z.B. sexueller Missbrauch von Kindern, Gewalttätigkeiten gegenüber Kindern u.Ä.) vorliegen, aufgrund welcher das Gericht an die Grenzen seiner Beurteilungsfähigkeit stösst, wobei dem Gericht diesbezüglich ein gewisses Ermessen zukommt (BGer 5A\_529/2014 vom 18. Februar 2015, E. 2.3; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 90). Im Recht liegen bereits mehrere - für die Beurteilung der Zuteilung der Obhut aussagekräftige - Berichte von Fachpersonen, so ein Bericht des Beistandes (Urk. 96) sowie der sozialpädagogischen Familienbegleitung (Urk. 121), und es wurden von der Vorinstanz zwei Kinderanhörungen mit beiden Kindern durchgeführt (Prot. I S. 31 ff. und S. 41 ff.). Hinsichtlich des Berichtes der sozialpädagogischen Familienbegleitung ist zu bemerken, dass dieser zwar nicht sämtliche Fragen des Fragenkatalogs vom 25. April 2016 (Urk. 116) beantwortet, aber - insbesondere in Anbetracht dessen, dass die Familienbegleiterin in dessen Vorfeld bereits 12 Einsätze in der Familie leistete (vgl. Urk. 121 S. 2) - dennoch ein zuverlässiges Bild von der aktuellen Lebenssituation der Kinder und deren Beziehung zur Gesuchstellerin vermittelt. Damit besteht für die Kammer eine genügende Entscheidungsgrundlage. Weiterungen sind - auch aufgrund des vorlie-

gend summarischen Verfahrens - nicht angezeigt. Namentlich sind keine besonderen Umstände im obgenannten Sinne ersichtlich. Insbesondere lassen sich - worauf später noch im Einzelnen zurückzukommen sein wird (E. III.A.3.2.3) - keine konkreten Anhaltspunkte für wiederholt vorkommende Gewalttätigkeiten der Gesuchstellerin gegenüber den Kindern ausmachen. Der Antrag der Prozessbeiständin der Kinder sowie der Eventualantrag des Gesuchsgegners auf Einholung eines Gutachtens sind somit abzuweisen. Allfällig verbleibenden Bedenken bezüglich der behaupteten Gewaltanwendungen der Gesuchstellerin wird im Übrigen auch durch die von der Vorinstanz angeordneten flankierenden Massnahmen, nämlich die Beistandschaft und die sozialpädagogische Familienbegleitung, welche bereits in Kraft sind, begegnet.

4. Ebenso abzuweisen ist der prozessuale Antrag der Prozessbeiständin der Kinder, es sei ihr nach Vorliegen des Gutachtens erneut Frist zur Antragstellung anzusetzen (Urk. 86 S. 2). Bei der 10-tägigen Frist zur Einreichung der Berufungsantwort an die Berufungsinstanz gemäss Art. 314 Abs. 1 ZPO handelt es sich um eine gesetzliche Frist. Als solche ist sie unabänderlich und kann daher nach Art. 144 Abs. 1 ZPO nicht erstreckt werden. Ihr unbenützter Ablauf führt zum Verlust des prozessualen Anspruchs, sich zur Berufungsschrift des Berufungsklägers zu äussern (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 312 N 20; BK ZPO-Sterchi, Art. 312 N 12 f.). Androhungsgemäss wird das Verfahren somit ohne die versäumte Handlung weitergeführt (Art. 147 Abs. 2 ZPO; Urk. 85).

### III.

#### A. Obhut

1. Die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ wurden mit vorinstanzlichem Urteil für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin gestellt (Urk. 74 Dispositivziffer 2). Zur Begründung führte die Vorinstanz an, grundsätzlich dürfe davon ausgegangen werden, dass beide Elternteile befähigt seien, die Kinder zu erziehen. Die Gesuchstellerin habe in dieser Hinsicht nichts Negatives

über den Gesuchsgegner geäußert. Umgekehrt habe der Gesuchsgegner die Gesuchstellerin beschuldigt, sie sei oft nervös, labil und launisch und schlage die Kinder. Eine substantiierte Begründung für diese Anschuldigungen fehle jedoch weitgehend. Glaubhaft dargelegt sei, dass die Gesuchstellerin überfordert sei, was in Anbetracht der Gesamtumstände aber nicht erstaunlich und eine vorübergehende Erscheinung sei. Sie habe die Erziehung und Betreuung der Kinder im Griff. Seit Aufnahme des Getrenntlebens habe sie auch einen Deutschkurs für sich und den Musikunterricht sowie den Mittagstisch für die Kinder organisiert. Anhaltspunkte für die Richtigkeit der Behauptung des Gesuchsgegners, die Gesuchstellerin vernachlässige die Kinder, da sie sich nicht um schulische Belange kümmere, sie ab und zu erst spät koche, so dass die Kinder spät zu Bett gingen und am Morgen müde seien, sowie dass sie abends manchmal bis Mitternacht abwesend sei, seien nicht ersichtlich. Die Gesuchstellerin sei in Kontakt mit der Schule und kürzlich alleine an einen Schulanlass des Sohnes gegangen. Auch wenn es vereinzelt vorgekommen sei, dass die Kinder etwas später zu Bett gingen, sei dies nicht als kindswohlgefährdend einzustufen. Ob es zutrefte, dass die Mutter die Kinder abends alleine zurückgelassen habe, sei nicht von grosser Bedeutung, da es - wenn überhaupt - nur zwei Mal vorgekommen sei und die Gesuchstellerin wohl geglaubt habe, die Kinder würden tief schlafen. Eine Begründung, weshalb er plötzlich mit einer Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin nicht mehr einverstanden sei, habe der Gesuchsgegner im Übrigen nicht geliefert. Das Verhalten des Gesuchsgegners in den letzten Monaten sei aus Sicht des Kindeswohls äusserst problematisch. Gegenüber dem Schwager der Gesuchstellerin habe er sich dahingehend geäußert, dass Probleme entstehen würden, wenn er die Kinder nicht bekomme. Er habe versucht, C.\_\_\_\_\_ gegen die Gesuchstellerin aufzuhetzen. Seine ständigen Telefonanrufe und Besuche würden zu erheblicher Unruhe bei den Kindern führen. Weiter akzeptiere er den neuen Freund der Gesuchstellerin nicht und habe veranlasst, dass ein Kollege der Gesuchstellerin und ihrem Bekannten nachstellte. Wiederholt habe er die Kinder auch für Beeinflussungen gegenüber Behörden eingespannt. So habe er C.\_\_\_\_\_ veranlasst, einen Brief ans Gericht zu verfassen, dass sie lieber bei ihm wohnen wolle. Auch habe er mit nichts aussagenden Arztzeugnissen versucht, das Gericht dazu zu bewe-

gen, die Kinder unter seine Obhut zu stellen. Der Umstand, dass D.\_\_\_\_\_ als Sechsjähriger in der zweiten Kinderanhörung entgegen seinen Angaben bei der ersten Anhörung erklärt habe, die Gesuchstellerin schlage ihn regelmässig, zeige deutlich, dass auch er vom Gesuchsgegner instrumentalisiert worden sei. Des Weiteren sei der Gesuchsgegner nicht bereit, gerichtliche Entscheide gegen sich gelten zu lassen. Trotz gerichtlicher Aufforderung, die Kinder, welche sich beschuldigt bei ihm aufgehalten hätten, unverzüglich zur Mutter zurückzubringen, habe er sich selbst gegenüber der Polizei geweigert, diesem gerichtlichen Befehl nachzukommen, woraufhin die Gesuchstellerin habe Vollstreckungsandrohungen beantragen müssen. Bereits im Jahre 2014 habe der Gesuchsgegner die Kinder in der Schule abgemeldet, sei ohne die Kinder nach Indien gereist und habe diese ohne Wissen der Gesuchstellerin bei Bekannten untergebracht.

Während die Kinder in der ersten Anhörung noch ausgeführt hätten, die aktuelle Situation bei der Gesuchstellerin sei für sie in Ordnung, hätten sie anlässlich der zweiten Anhörung erklärt, lieber beim Gesuchsgegner wohnen zu wollen. Dieser Meinungsumschwung der Kinder sei auf verschiedene Ursachen zurückzuführen. So habe die Gesuchstellerin einen neuen Freund, welchen die Kinder nicht ohne weiteres akzeptieren könnten, und es habe den Vorfall mit C.\_\_\_\_\_s verstauchtem Fuss gegeben. Hinzu würden die ständigen Beeinflussungen durch den Gesuchsgegner kommen. Die Kindervertreterin habe den Meinungsumschwung der Kinder allerdings stark abgeschwächt. So sei es nur zu einem Vorfall von körperlicher Gewalt durch die Gesuchstellerin gekommen. Die Kinder hätten eine gute und enge Beziehung zu ihr. Umgekehrt hätten sie keine Vorstellung darüber, was es bedeuten würde, beim Gesuchsgegner zu wohnen. Sie seien durch die elterlichen Streitigkeiten hin und hergerissen und emotional sehr belastet. Nach Meinung der Kinderanwältin seien die Kinder der Gesuchstellerin zuzuteilen, da sie den Eindruck habe, es entspreche nicht dem tatsächlichen inneren Wunsch der Kinder, beim Gesuchsgegner zu leben. Auch im Hinblick auf die Stabilität der Verhältnisse, so die Vorinstanz weiter, sei eine Unterstellung unter die Obhut des Gesuchsgegners völlig ungeeignet. Dieser lebe bei einer befreundeten Familie in Zürich. Wie die konkreten Wohnverhältnisse seien, habe er nicht dargelegt. Nachdem er zunächst ausgeführt habe, es handle sich bloss um eine vorüberge-

hende Lösung, habe er zuletzt vorgebracht, er plane nun, künftig dort wohnen zu bleiben. Die Haltung von C. \_\_\_\_\_ gegenüber den Mitgliedern dieser Familie sei unklar. Der mit dem Umzug verbundene Schulwechsel wäre überdies mit Rückschlägen für beide Kinder verbunden. Schliesslich habe der Gesuchsgegner auch kein überzeugendes Betreuungskonzept vorweisen können. Er arbeite je nach Schicht von 05:30 bis 14:00 Uhr oder von 14:00 bis 22:30 Uhr. Nach dem Gesuchsgegner würde die Betreuung der Kinder während seiner Abwesenheit durch die nicht arbeitstätige Ehefrau der Familie, bei der er derzeit wohne, erfolgen. Somit würden die Kinder zu einem erheblichen Teil fremdbetreut. Nicht glaubhaft sei die Aussage des Gesuchsgegners, er könne morgens während der Morgenschicht zusätzlich frei nehmen, um die Kinder in die Schule zu bringen. Der Arbeitsort befinde sich zudem in ...F. \_\_\_\_\_ und der Gesuchsgegner wohne in Zürich. Selbst wenn er in der Umgebung von F. \_\_\_\_\_ wohnen würde, würde er aber während der Arbeitszeit rund eine Stunde benötigen, um für die Kinder das Frühstück vorzubereiten, sie für die Schule bereit zu machen und sie dorthin zu bringen, was unrealistisch erscheine. Bei einer Wohnsitznahme in F. \_\_\_\_\_ entfalle im Übrigen die Betreuung durch die Ehefrau der Familie seines jetzigen Wohnorts. Schliesslich sei auch die bisherige Rollenverteilung zu berücksichtigen. Der Gesuchsgegner sei stets zu 100% arbeitstätig gewesen, die Gesuchstellerin arbeite hingegen erst seit wenigen Monaten während viereinhalb Stunden pro Tag. Es dürfe daher davon ausgegangen werden, dass die Betreuung der Kinder schon während des Zusammenlebens weitgehend durch sie erfolgt sei (Urk. 74 E. V.1.5.ff.).

2. Der Gesuchsgegner verlangt berufsungsweise im Hauptantrag die Zuteilung der Obhut über die Kinder an sich (Urk. 82 S. 3). Die Gesuchstellerin beantragt in der Berufungsantwort die Abweisung des Berufungsantrages des Gesuchsgegners und somit die Bestätigung der vorinstanzlichen Obhutzuteilung an sie (Urk. 90 S. 2). Die Prozessbeiständin der Kinder hat keinen Antrag gestellt (Urk. 86). Auf die diversen Vorbringen der Parteien ist im Folgenden im Zusammenhang mit den einzelnen Kriterien für die Obhutzuteilung einzugehen.

3.1. Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall. Massgebend bei der vorzunehmenden Beurteilung ist damit primär das Kindeswohl und alle dafür wichtigen Umstände. Die Interessen der Eltern sind dabei von sekundärer Bedeutung. Im Einzelfall ist es schwierig festzustellen, was das Kindeswohl erfordert, denn das Kind hätte es zu meist nötig, zu beiden Elternteilen intensiv und konstant die Beziehung aufrecht erhalten zu können. Das Bundesgericht hat im Übrigen versucht, eine gewisse Hierarchie in die Zuteilungskriterien zu bringen. Demnach muss vorab die Erziehungsfähigkeit der Eltern geklärt werden. Ist diese bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Unter Umständen kann die Möglichkeit der persönlichen Betreuung auch dahinter zurücktreten. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte. Bei der Beurteilung der für die Obhut zuteilung massgebenden Kriterien verfügt das Gericht über einen grossen Ermessensspielraum (vgl. Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 133 ZGB N 10; BGE 115 II 206 E. 4a; BGE 115 II 317 E. 2 und 3; BGE 117 II 353 E. 3; BGer 5A\_157/2012 vom 23. Juli 2012, E. 3.1).

### 3.2. Erziehungsfähigkeit

3.2.1. Der Gesuchsgegner rügt, die Gesuchstellerin setze ihre Prioritäten auf die Pflege ihrer neuen Beziehung und nicht auf die Betreuung der Kinder. Er und C.\_\_\_\_\_ hätten glaubhaft ausgeführt, dass sie oft erst gegen Mitternacht nach Hause gekommen sei, die Kinder nachts alleine gelassen habe und auch telefonisch nicht erreichbar gewesen sei. Sie habe die Kinder zu spät zur Schule geschickt, das Essen nicht rechtzeitig vorbereitet und sei ständig mit ihrem Freund

am Telefon. Sein Meinungsumschwung betreffend die Obhutszuteilung sei damit erklärbar, dass es tätliche Übergriffe der Gesuchstellerin gegenüber den Kindern gegeben habe und sich die Kinder dahingehend geäußert hätten, sie würden einen Verbleib bei der Gesuchstellerin nicht mehr wünschen. Es sei befremdend, dass aus der Tatsache, dass die Gesuchstellerin alleine einen Schulanlass besucht und den Mittagstisch organisiert habe, darauf geschlossen werde, sie meistere die Erziehung. Die Vorinstanz lege nicht dar, weshalb die Dünnhäutigkeit der Gesuchstellerin vorübergehender Natur sein sollte. C.\_\_\_\_\_ habe ausgeführt, sie glaube nicht, dass sich zuhause alles wieder normalisiere. Er teile diese Auffassung. Hinsichtlich seiner Erziehungsfähigkeit habe hingegen nichts Negatives festgestellt werden können. Es werde bestritten, dass er gesagt habe, es werde Probleme geben, wenn er die Kinder nicht bekomme. Er habe auch kein Problem damit, wenn sich die Gesuchstellerin emanzipiere und einen neuen Freund habe, sondern befürchte bloss einen schlechten Einfluss auf die Kinder, wenn sich dieser in deren Anwesenheit nicht vorbildlich verhalte. Er habe C.\_\_\_\_\_ nicht eingespannt, einen Brief ans Gericht zu schreiben. Die Vorinstanz messe mit unterschiedlichen Ellen, wenn sie es als unproblematisch erachte, dass die Gesuchstellerin die Kinder zur Anhörung ans Gericht begleite, hingegen von einem Einspannen der Kinder ausgehe, wenn C.\_\_\_\_\_ aus praktischen Gründen für die Übergabe des Briefes von ihm begleitet werde. Die Schilderungen von C.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit den Schlägen durch die Gesuchstellerin seien sodann sehr detailgetreu und auch die Aussagen von D.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit einem kleinen Stock, den man zum Kochen benötige, seien nicht der Fantasie eines kleinen Jungen entsprungen. Es sei somit nicht auszuschliessen, dass es mehrere tätliche Übergriffe der Gesuchstellerin auf die Kinder gegeben habe (Urk. 82 Ziff. 12 ff., 19 und 21 ff.).

3.2.2. Die Gesuchstellerin bringt vor, es würden keine Anhaltspunkte für Vernachlässigungen der Kinder bestehen. Hinsichtlich der diesbezüglichen Aussagen der Kinder sei auf Urk. 91/2 zu verweisen, worin eine Fachfrau der Polizei bestätige, dass die Aussagen der Kinder widersprüchlich seien. Es werde sodann bestritten, dass sie abwesend gewesen sei. Der Gesuchsgegner habe ferner eine Kehrtwende gemacht und damit begonnen, sie zu diskreditieren und die Behörden ein-

zuschalten. Unter Verweis auf die Bestätigungen der Lehrerinnen von D.\_\_\_\_\_ (Urk. 92/8-9), Frau G.\_\_\_\_\_ und Frau H.\_\_\_\_\_, werde bestritten, dass sie mit der Kindererziehung überfordert sei. Wie aus der Bestätigung von Frau G.\_\_\_\_\_ hervorgehe, laufe in der Schule alles gut. Der Gesuchsgegner teile auch nicht die Ansichten von C.\_\_\_\_\_, sondern C.\_\_\_\_\_ müsse vielmehr eine fixe Behauptung des Gesuchsgegners decken. Die Frage der Erziehungsfähigkeit des Gesuchsgegners stelle sich insofern nicht, als er gar kein brauchbares Betreuungskonzept vorweise. Die Vorinstanz habe entgegen der Darstellung des Gesuchsgegners nicht festgestellt, dass die Gesuchstellerin mit der Erziehung der Kinder überfordert sei. Schlechtes Verhalten liege im Übrigen seitens des Gesuchsgegners und nicht seitens ihres neuen Freundes vor. C.\_\_\_\_\_ hätte den Brief ans Gericht auch per Post senden können, die Meinung des Gerichts hinsichtlich der Obhutszuteilung sei dem Gesuchsgegner aber kurz zuvor mitgeteilt worden, weshalb die Sache für ihn geeilt habe. Der Brief sei auf Veranlassung des Gesuchsgegners erfolgt. Bestritten würden sodann die Ausführungen des Gesuchsgegners im Zusammenhang mit den tätlichen Übergriffen durch sie (Urk. 90 Ziff. 11 ff., 19 und 21 ff.).

3.2.3. Der Gesuchsgegner zweifelt die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin an. Er macht geltend, die Gesuchstellerin habe die Kinder vernachlässigt; so sei sie oft erst gegen Mitternacht nach Hause gekommen, habe die Kinder nachts alleine gelassen, sie zu spät zur Schule geschickt, das Essen nicht rechtzeitig vorbereitet und sich primär um ihre neue Beziehung gekümmert. Nicht nur hat er diese Vorwürfe bereits vor Vorinstanz erhoben und ist diese zutreffenderweise zum Schluss gekommen, eine substantiierte Begründung für diese Anschuldigungen fehle weitgehend (vgl. Urk. 74 E. V.1.6). Die Aktenlage ergibt denn auch ein anderes Bild. So hält der Beistand in seinem Bericht fest, die Kinder würden gemäss Rückmeldung der Schule in der Schule gut funktionieren. Sie hätten ein gepflegtes Auftreten, würden pünktlich zur Schule erscheinen und keinerlei Anzeichen von Verwahrlosung zeigen (Urk. 96 S. 2). Gemäss Lernbericht Mai 2015 (Anhang zu Urk. 45) beteiligt sich D.\_\_\_\_\_ aktiv am Unterricht, ist aufmerksam und interessiert. D.\_\_\_\_\_, so der Bericht weiter, wirke selbstbewusster und habe seine Selbstwirksamkeit entwickeln können. Sowohl Frau G.\_\_\_\_\_ als ehemalige als

auch Frau H.\_\_\_\_\_ als aktuelle Lehrerin von D.\_\_\_\_\_ bestätigen sodann in den Emails vom 4./5. Oktober 2015 (Urk. 92/8-9), einen guten Eindruck von D.\_\_\_\_\_ und seiner Mutter zu haben. D.\_\_\_\_\_ komme immer pünktlich und sauber angezogen zur Schule und habe sein Material stets dabei. Er sei sehr anständig und seine Mutter sei an den Elternanlässen pflichtbewusst dabei. Auch der Bericht der sozialpädagogischen Familienbegleitung bestätigt, die Gesuchstellerin sei nach der Schule zuhause, um für die Kinder zu sorgen. Sie koche abends immer etwas Warmes. Sie könne sich gegenüber den Kindern gut durchsetzen und klare Anweisungen geben (Urk. 121 S. 4). Es mag im Übrigen zutreffen, dass die Gesuchstellerin in der Vergangenheit im Zusammenhang mit der Kindererziehung und der neuen familiären Situation ge- beziehungsweise zuweilen auch überfordert war. In diesem Kontext ist auch die - im Bericht der sozialpädagogischen Familienbegleitung erwähnte - psychische Belastung der Gesuchstellerin, der mit einer medikamentösen und therapeutischen Behandlung begegnet wurde, zu sehen (Urk. 121 S. 4 f.). Der Gesuchsgegner blendet aber seine eigenen Defizite derselben Art komplett aus. So lassen insbesondere der aktenkundige mehrfache Beizug der Polizei durch den Gesuchsgegner (vgl. Urk. 69, Urk. 101/1; dazu auch nachfolgend E. III.A.3.6.3) sowie die - aufgrund der Weigerung des Gesuchsgegners, dem gerichtlichen Befehl vom 19. Mai 2015 (Urk. 47) nachzukommen, notwendig gewordene - polizeiliche Rückführung der Kinder zur Gesuchstellerin (vgl. Urk. 53) auf eine auch auf Seiten des Gesuchsgegners bestehende Überforderung und auf eine allgemein stark belastete familiäre Gesamtsituation schliessen. Eine ernsthafte Einschränkung der Erziehungsfähigkeit ist aber bei beiden Parteien nicht zu erkennen. Sowohl C.\_\_\_\_\_ als auch D.\_\_\_\_\_ berichteten anlässlich der zweiten Kinderanhörung von körperlicher Gewalt durch die Mutter (Prot. I S. 42 f.). C.\_\_\_\_\_ führte aus, dass die Gesuchstellerin sie geschubst habe und sie aufs Bett gefallen sei, woraufhin die Gesuchstellerin sie am Fuss gepackt und versucht habe, diesen zu drehen. Beim Notfall habe man dann zu ihr gesagt, der Fuss sei verstaucht (Prot. I S. 43). Die Prozessbeiständin der Kinder hat - nach Gesprächen mit den Kindern - vor Vorinstanz aber ausgeführt, die Kinder hätten, was ihre bisherigen Aussagen über die Gewalttätigkeit der Gesuchstellerin anbelangt, einiges relativiert. C.\_\_\_\_\_ sei zwar bei ihren Aussagen bezüglich des

(soeben ausgeführten) Vorfalles mit ihrer Mutter geblieben. Beide Kinder hätten aber klar und deutlich zum Ausdruck gebracht, dass dies der erste eigentliche Vorfall von körperlicher Gewalt mütterlicherseits gewesen sei (Prot. I. S. 48). Insbesondere hat D.\_\_\_\_\_ seine Aussagen im Rahmen der zweiten Kinderanhörung bezüglich der Schläge im Gespräch mit Rechtsanwältin Z.\_\_\_\_\_ revidiert und erklärt, dass er von seiner Mutter noch nie geschlagen worden sei (Prot. I. S. 51). Wie weit allfällige Beeinflussungen der Kinder durch die Parteien und insbesondere den Gesuchsgegner tatsächlich gingen beziehungsweise gehen, lässt sich nicht abschliessend eruieren. Fest steht aber, dass sich die Kinder in einem massiven Loyalitätskonflikt befinden und in der Vergangenheit in die Konflikte der Eltern miteinbezogen wurden. Dies ist bei der Bewertung ihrer Aussagen zu berücksichtigen. So wird denn auch im Rapport der Polizei vom 25. Juni 2015 (Urk. 88/2) nicht nur auf die Widersprüchlichkeit der Aussagen der Kinder in der Befragung zu den fraglichen Vorfällen von körperlicher Gewalt durch die Gesuchstellerin, sondern auch auf die Möglichkeit einer Beeinflussung der Kinder durch den Gesuchsgegner hingewiesen. Das betreffende Strafverfahren wurde im Übrigen zwischenzeitlich von der Staatsanwaltschaft IV mit Verfügung vom 17. November 2015 (Urk. 104) eingestellt. Selbst wenn die Schilderungen von C.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit dem verstauchten Fuss zutreffen, ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um einen einmaligen Vorfall handelte. Aus den im Recht liegenden Berichten der involvierten Fachpersonen ergeben sich nämlich keine Hinweise für ein pflichtwidriges Verhalten, insbesondere für allfällige wiederholte Gewalttätigkeiten, der Gesuchstellerin gegenüber den Kindern. So hält der Beistand in seinem Bericht vom 17. November 2015 ausdrücklich fest, dass ihm von anderen Vorfällen körperlicher Gewalt nichts bekannt sei (Urk. 96 S. 3). Auch im Bericht der sozialpädagogischen Familienbegleitung wird festgehalten, die Gesuchstellerin pflege gegenüber den Kindern einen liebevollen Umgang (Urk. 121 S. 4).

Für die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin spricht sodann, dass sie sich bei Bedarf die notwendige externe Unterstützung holt. So wurde im Hinblick auf eine Besprechung mit der Schule ein Dolmetscher für die Gesuchstellerin aufgeboten (Prot. I. S. 10) und wie sich aus dem Bericht des Beistandes ergibt, besucht

D.\_\_\_\_\_ zur Entlastung der Gesuchstellerin die Hausaufgabenhilfe der Schule (Urk. 96 S. 2). Im Übrigen wurde für sie eine sozialpädagogische Familienbegleitung installiert. Gemäss Bericht der sozialpädagogischen Familienbegleitung ist die Gesuchstellerin darum bemüht, die Tipps der Familienarbeiterin umzusetzen (Urk. 121 S. 4). Wer sich im Übrigen in der Vergangenheit um schulische bzw. administrative Angelegenheiten gekümmert hat, ist sodann - entgegen der Auffassung des Gesuchsgegners - nicht ausschlaggebend. Von Relevanz ist vielmehr, dass die Gesuchstellerin - wie auch die Lehrerin von D.\_\_\_\_\_ bestätigt (Urk. 92/9) - aktuell auch um diese Belange besorgt ist. Für die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin spricht schliesslich sicherlich auch ihre (bereits gelebte) Bereitschaft, den Kindern einen über das im vorinstanzlichen Entscheid festgelegte Besuchsrecht hinausgehenden Kontakt zum Gesuchsgegner zu ermöglichen (vgl. dazu E. III.A.3.6.3).

Es bleibt somit insgesamt bei der vorinstanzlichen Würdigung, dass die Erziehungsfähigkeit beider Parteien anzuerkennen ist.

### 3.3. Persönliche Betreuung

3.3.1. Der Gesuchsgegner macht geltend, es sei unerheblich, ob er etwas mehr auf Fremdbetreuung angewiesen sei als die Gesuchstellerin. Tatsache sei, dass beide Parteien die Kinder zumindest teilweise nicht persönlich betreuen könnten. So sei auch die Gesuchstellerin auf den Mittagstisch angewiesen. Er arbeite Schicht und könne daher viel Zeit für die Kinderbetreuung aufbringen. Namentlich wenn er Frühschicht habe, könne er die Kinder nachmittags betreuen. Er beabsichtige auch in Zukunft bei der Familie I.\_\_\_\_\_ zu wohnen. Gemeinsam sei man auf der Suche nach einem Haus oder einer grösseren Wohnung in der Nähe seines Arbeitsortes. Die Kinder könnten somit im eigenen Zuhause betreut werden. Die Familienmitglieder der Familie I.\_\_\_\_\_ würden nach anfänglichen Schwierigkeiten für die Kinder fast schon zur eigenen Familie gehören. Allein aus der Tatsache, dass die Gesuchstellerin mehr Präsenzzeit zu Hause habe, könne nicht abgeleitet werden, dass die Kinder in dieser Zeit auch gut betreut würden.

C.\_\_\_\_\_ berichte, dass sich die Gesuchstellerin seit Aufnahme der neuen Beziehung nicht mehr so gut um sie und ihren Bruder kümmere (Urk. 82 Ziff. 37-41).

3.3.2. Die Gesuchstellerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, sie arbeite nicht mehr und könne sich voll der Kinderbetreuung widmen. Ohnehin sei es etwas anderes, ob die Kinder über Mittag am Mittagstisch sitzen würden oder ob ein Elternteil mindestens ca. 10.5 Stunden pro Tag abwesend sei. Ein konkretes Betreuungskonzept werde vom Gesuchsgegner nicht aufgezeigt, so habe der Gesuchsgegner insbesondere auch nicht nur Frühschichten. Sodann würden im Zusammenhang mit einer neuen Wohnung des Gesuchsgegners substantiierte Angaben zu den finanziellen Möglichkeiten und den Suchbemühungen fehlen. Den Kindern gehe es bei ihr im Übrigen gut, was auch von den Lehrerinnen bestätigt werde (Urk. 90 Ziff. 37-41).

3.3.3. Die Gesuchstellerin geht, wie auch aus dem im Recht liegenden Kündigungsschreiben (Urk. 92/10) hervorgeht, aktuell keiner Erwerbstätigkeit nach. Sie ist somit in der Lage, die Kinder umfassend persönlich zu betreuen. Demgegenüber ist der Gesuchsgegner Vollzeit erwerbstätig und arbeitet je nach Schicht von 05:30 bis 14:00 Uhr oder von 14:00 bis 22:30 Uhr (Urk. 20 S. 7). Dazu kommt der Zeitaufwand für die Bestreitung des Arbeitsweges von Zürich nach F. \_\_\_\_\_ und zurück. Trotz seiner Schichtarbeit könnte der Gesuchsgegner seine Kinder somit keineswegs überwiegend persönlich betreuen. Er wäre massgeblich und auch zu sensiblen Zeiten auf Fremdbetreuung angewiesen. Dies räumt der Gesuchsgegner auch ein, indem er vorbringt, dass die Kinder während seiner beruflichen Abwesenheiten durch die nichterwerbstätige Ehefrau der Familie I. \_\_\_\_\_ betreut werden könnten. Eine solche Betreuung, wenn auch in einer den Kindern vertrauten Umgebung, käme einer persönlichen Betreuung durch die leibliche Mutter aber nicht gleich. Der persönlichen Betreuung durch die leiblichen Eltern ist nach der zitierten Rechtsprechung gegenüber derjenigen durch Dritte vielmehr der Vorzug zu gewähren. Zu Recht hat die Vorinstanz im Übrigen darauf hingewiesen, dass der Gesuchsgegner hinsichtlich seiner zukünftigen Wohnsituation widersprüchliche Angaben machte, indem er zunächst vorbrachte, die Lösung bei der Familie I. \_\_\_\_\_ sei nur vorübergehender Natur, anschliessend hingegen erklärte, er plane nun künftig dort wohnen zu bleiben (Prot. I. S. 53 f.). Angaben des Gesuchsgegners dazu, wie die Betreuung der Kinder im Falle seines Auszuges aus dem Haushalt der Familie I. \_\_\_\_\_ gewährleistet würde, fehlen. Im Rahmen der

Berufung bringt der Gesuchsgegner nunmehr vor, gemeinsam mit der Familie I. \_\_\_\_\_ sei man auf der Suche nach einem Haus oder einer grösseren Wohnung in der Nähe seines Arbeitsortes, ohne jedoch in irgendeiner Weise präzisierende Angaben zu dieser Wohnungssuche zu machen. Die künftige Wohnsituation des Gesuchsgegners erscheint demnach ungeklärt und damit auch sein Betreuungskonzept. Überdies verfängt die vom Gesuchsgegner erneut erhobene Kritik hinsichtlich der Qualität der persönlichen Betreuung durch die Gesuchstellerin - wie bereits dargelegt (E. III.A.3.2.3) - nicht. Es ist somit zusammenfassend festzuhalten, dass die Gesuchstellerin eine dem Kindeswohl dienende persönliche Betreuung besser gewährleisten kann als der Gesuchsgegner.

### 3.4. Kontinuität und Stabilität der Verhältnisse

3.4.1. Der Gesuchsgegner bringt vor, die bisherige Rollenverteilung könne nicht als massgebliches Kriterium bei der Obhutszuteilung betrachtet werden. Einerseits habe er glaubhaft dargelegt, dass er aufgrund seiner Schichtarbeit bereits während des Zusammenlebens stets einen erheblichen Anteil an Betreuungszeit übernommen habe. Andererseits seien die Kinder mittlerweile gross genug, um die Rollen bzw. die Betreuungszeit neu zwischen den Parteien zu verteilen (Urk. 82 Ziff. 42).

3.4.2. Die Gesuchstellerin setzt dem entgegen, die Behauptung des Gesuchsgegners, er habe die tägliche Betreuung und Erziehung auch schon früher mindestens im gleichen Ausmass wie sie erbracht, sei falsch und widerspreche seinen eigenen Aussagen im ersten Eheschutzverfahren der Parteien. Der Schichtbetrieb, in dem der Gesuchsgegner arbeite, ermögliche auch keine ausreichende Betreuung der Kinder (Urk. 90 Ziff. 7 und 42).

3.4.3. Hervorzuheben ist zunächst, dass im Eheschutzverfahren - da grundsätzlich Regelungen für einen beschränkten Zeithorizont zu treffen sind - dem Kriterium einer grösstmöglichen Stabilität der Verhältnisse besondere Bedeutung zukommt. Im Unterschied zur Situation bei einer Ehescheidung, die meistens eine Neuorientierung aller beteiligten Personen, auch der Kinder, zur Folge hat, sollten die bisherigen Lebensumstände eines Kindes nicht ohne Not von Grund auf ver-

ändert werden. Kinder sollten mit möglichst wenig einschneidenden Veränderungen belastet werden. Ihr Umfeld (Beziehungen zu Geschwistern, die Schule, die Möglichkeiten, einen Hort zu besuchen, Beziehungen zu Freunden, Spielgelegenheiten und Freizeitaktivitäten) hat daher besonderes Gewicht (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 76).

Die Gesuchstellerin führte vor Vorinstanz aus, die Kinder seien schon immer von ihr betreut worden. Der Gesuchsgegner habe das Geld verdient; sie habe die Kinder erzogen und den Haushalt besorgt (Urk. 18 S. 2). Der Gesuchsgegner führte noch im ersten Eheschutzverfahren der Parteien (EE140071, Urk. 7, Prot. S. 11) im Zusammenhang mit einer Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin aus, bis jetzt sei dies so gewesen, dann mache die Gesuchstellerin das auch weiterhin. Vor Vorinstanz bestätigte er zwar, die Rollenverteilung der Parteien habe vorgesehen, dass die Gesuchstellerin für die Kinderbetreuung zuständig sei, führte aber ergänzend aus, in den letzten Jahren habe die Gesuchstellerin die Betreuung immer mehr vernachlässigt, so dass er zwangsläufig in die Rolle des Hauptbetreuers gedrängt worden sei (Prot. I. S. 20; Urk. 20 S. 5). Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass der Gesuchsgegner stets ein 100%-Arbeitspensum bewältigte, die Gesuchstellerin hingegen - abgesehen von einer kurzen Zeitspanne im Jahre 2011 und während des vorinstanzlichen Verfahrens (Urk. 18 S. 4 und Prot. I. S. 12) - keiner Erwerbstätigkeit nachging, nicht glaubhaft. Vielmehr ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Parteien bis zur Trennung eine klassische Rollenverteilung gelebt haben. Die Erwerbstätigkeit oblag primär dem Gesuchsgegner und die Betreuung der Kinder primär der Gesuchstellerin. Diese ist daher - auch wenn sich der Gesuchsgegner ebenfalls an der Kinderbetreuung sowie der Erziehung beteiligt hat - als bisherige Hauptbezugsperson der Kinder anzusehen. Eine Umstossung des gelebten Rollenmodells erscheint vorliegend im Hinblick auf das Kindeswohl nicht sinnvoll, zumal die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin vorliegt. Sodann ist in diesem Zusammenhang entscheidend, dass der Beistand in seinem Bericht vom 17. November 2015 (Urk. 96 S. 2) festhält, die Kinder würden laut Rückmeldung der Schule in der Schule gut funktionieren. Sie seien gemäss Aussagen der Schulsozialarbeiterin innerhalb der Schule sozial gut eingebettet, würden über einen Freundeskreis verfügen und sich in der

Klasse wohl fühlen. Die Kinder haben auch in der Kinderanhörung ausgeführt, dass sie gerne in die Schule gehen würden, in der sie derzeit seien, und dort auch Freunde hätten (Prot. I. S. 33 und 45). Die Gesuchstellerin hat per 1. Juli 2016 (Urk. 133/1) eine neue Wohnung bezogen. Diese befindet sich ebenfalls in J.\_\_\_\_\_ ZH. Aufgrund des aktuellen Wohnortes des Gesuchsgegners in Zürich wäre eine Obhutszuteilung an ihn hingegen für die Kinder mit einem Schulwechsel verbunden. Vor diesem Hintergrund ist bei einem Verbleib der Kinder in der Obhut der Gesuchstellerin die Kontinuität sowie die Stabilität des örtlichen und sozialen Umfelds für die Kinder deutlich besser gewährleistet. Im Übrigen bleibt zu bemerken, dass allfällige Spannungen im Zusammenhang mit dem Aufenthalt des neuen Freundes der Gesuchstellerin in deren Haushalt, welche seitens des Gesuchsgegners als auch der Prozessbeiständin der Kinder und dem Beistand mehrfach thematisiert wurden (vgl. Urk. 96 S. 1; Urk. 100 Ziff. 2; Urk. 102 Ziff. 2), inskünftig entfallen. Wie aus dem im Recht liegenden Mietvertrag (Urk. 111) hervorgeht, hat K.\_\_\_\_\_ per 1. März 2016 eine eigene Wohnung gefunden und ist aus der Wohnung der Gesuchstellerin ausgezogen.

### 3.5. Kindeswille

3.5.1. Der Gesuchsgegner rügt, die Vorinstanz habe bei der Obhutszuteilung verkannt, dass die Kinder ausdrücklich einen Wechsel gewünscht hätten. Dieser Wunsch sei nicht nur in der zweiten Kinderanhörung, sondern auch gegenüber der Kindesvertretung geäussert worden. Die Vorinstanz ziehe zu Unrecht nicht in Betracht, dass der Stimmungsumschwung mit dem Verhalten der Gesuchstellerin zu tun habe. Vor dem Hintergrund, dass die Kinder seit der Trennung mit der Gesuchstellerin leben würden, sei verständlich, dass sie von einem Zusammenleben mit ihr konkretere Vorstellungen hätten, wobei C.\_\_\_\_\_ ziemlich konkret geschildert habe, wie die Betreuung bei und durch ihn funktionieren könnte. Die Aussage der Kindsvertreterin, es sei anzunehmen, dass es sich beim Wunsch der Kinder, bei ihm zu wohnen, nicht um einen inneren und dringlichen Wunsch handle, müsse mit Vorbehalten gewürdigt werden, habe zwischen der Kindsvertreterin und den Kindern doch nur ein kurzes Gespräch stattgefunden. Die Kinder hätten in der zweiten Anhörung glaubhaft dargelegt, dass sich die Situation zu Hause sehr

negativ entwickelt habe. Dasselbe Bild ergebe sich auch aus dem Brief von C.\_\_\_\_\_. Selbst die Kindsvertretung habe bestätigt, dass sich die Kinder im Moment bei der Gesuchstellerin unwohl fühlen würden. Den Aussagen in der zweiten Anhörung sei mindestens ebenso viel Bedeutung zuzumessen wie denjenigen in der ersten Anhörung (Urk. 82 Ziff. 9 ff., 17 f. und 20).

3.5.2. Die Gesuchstellerin bringt vor, die Kinder würden keine Veränderung des Umfelds wollen, sondern einfach dem imperativen Wunsch des Vaters nachkommen, angeblich bei ihm wohnen zu wollen. Sie hätten sich nie überlegt, wie es wäre, die gewohnte Umgebung, ihre Schulkollegen sowie die Gesuchstellerin verlassen zu müssen. Ein Leben beim Gesuchsgegner bedeute ein Leben in ausschliesslich tamilischem Umfeld ohne erhebliche Assimilations-Möglichkeiten. Das Kindeswohl gebiete, eine Entwicklung im hiesigen Umfeld zuzulassen. Der Gesuchsgegner behaupte, zusammen mit der Familie I.\_\_\_\_\_ eine Wohnmöglichkeit im Raum Oberland/Rapperswil zu suchen. Bei einer Obhutszuteilung an ihn müssten die Kinder somit zweimal ihr Umfeld wechseln. Die Kinderanwältin sei im Übrigen sehr erfahren und es sei unbekannt, wie viele Besprechungen mit den Kindern stattgefunden hätten. Der Vorinstanz sei insofern zuzustimmen, als der Gesuchsgegner zum Zeitpunkt der ersten Kinderanhörung noch keine Zeit gehabt habe, die Kinder zu bearbeiten. Später sei dies deutlich anders gewesen. Die Bestätigungen der Lehrerinnen würden klar zeigen, dass sich an der Situation seit der ersten Kinderanhörung nichts verschlechtert habe. Bezeichnend sei, dass die Kinder in der zweiten Anhörung plötzlich die Gesuchstellerin systematisch schlecht gemacht und auch über ihren neuen Freund äusserst schlechte Sachen gesagt hätten, dann bei der Polizei jedoch ausgeführt hätten, sie würden diesen nur vom Sehen her kennen. Dies zeige, dass die zweite Kinderanhörung ebenso einstudiert gewesen sei wie das Schreiben von C.\_\_\_\_\_ an die Vorinstanz (Urk. 90 Ziff. 9 f., 17 f. und 20).

3.5.3. Wie bereits erwähnt (E. III.A.3.1), ist je nach Alter der Kinder ihrem eindeutig geäusserten Wunsch bei der Obhutszuteilung Rechnung zu tragen (vgl. BGE 122 III 401 E. 3). Es bleibt vorab darauf hinzuweisen, dass es sich beim Kindeswille lediglich um ein Zuteilungskriterium handelt, welches in die Gesamtbeurtei-

lung einzubeziehen ist. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass hinsichtlich der Frage der Obhutszuteilung ein Kind ab dem 12. Altersjahr urteilsfähig ist (Fam-Komm Scheidung/Vetterli, Art. 176 ZGB N 3; BGer 5A\_119/2010 vom 12. März 2010, E. 2.1.3; BGer 5A\_482/2007 vom 17. Dezember 2007, E. 3.1). C.\_\_\_\_\_ war im Zeitpunkt der beiden Anhörungen 11 ½ und D.\_\_\_\_\_ 8 ½ Jahre alt. Angesichts dessen, dass D.\_\_\_\_\_ vom vorstehend erwähnten Alter noch verhältnismässig weit entfernt ist, ist seine Meinung ohnehin mit gewisser Zurückhaltung zu würdigen. Während C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ anlässlich der ersten Anhörung vom 11. März 2015 bestätigten, die Situation, wie sie zurzeit sei, sei für sie in Ordnung und lediglich D.\_\_\_\_\_ meinte, er würde gerne etwas mehr Zeit mit dem Gesuchsgegner verbringen (Prot. I. S. 33 f.), stellten sich beide Kinder anlässlich der zweiten Anhörung auf den Standpunkt, dass sie beim Gesuchsgegner wohnen möchten (Prot. I. S. 42 ff.). Die Kinder haben ihre Meinung insofern in den lediglich rund 2 ½ Monaten bis zur zweiten Anhörung am 26. Mai 2015 diametral geändert. Worauf dieser Meinungsumschwung im Einzelnen zurückzuführen ist, steht nicht im Vordergrund. Bereits vor Vorinstanz hielt die Prozessbeiständin fest, es könne gesagt werden, dass es sich beim Wunsch der Kinder, beim Vater leben zu wollen, um keinen innerlichen und dringlichen Wunsch handeln könne (Prot. I. S. 51). Im Rahmen des Berufungsverfahrens äusserte sie sich erneut dahingehend, dass derzeit aus ihrer Sicht nicht klar sei, was der wirkliche Wille der Kinder sei und ob insbesondere der geäusserte Wunsch, zum Gesuchsgegner umziehen zu wollen, wirklich ihrem freien Willen und nicht einer Instrumentalisierung durch den Gesuchsgegner entspringe (Urk. 86 S. 2 ff.). Auch der Beistand der Kinder betont in seinem Bericht vom 17. November 2015, dass die Kinder einem Loyalitätskonflikt ausgesetzt seien. Bei C.\_\_\_\_\_ falle auf, dass sie sich teilweise in widersprüchlichen Aussagen verheddere. So habe sie im Gespräch mit ihm gesagt, dass sie beim Gesuchsgegner leben wolle, der Schulsozialarbeitenden habe sie (demgegenüber) mitgeteilt, dass sie weiterhin in J.\_\_\_\_\_ leben möchte (Urk. 96 S. 1). C.\_\_\_\_\_ bestätigte anlässlich der zweiten Kinderanhörung sodann auch selbst, es werde im Moment von allen Seiten auf sie eingeredet (Prot. I. S. 42). Davon, dass die Kinder hin- und hergerissen sind und ihre Aussagen dem jeweiligen Gesprächspartner anpassen, geht denn auch der Gesuchsgegner aus (Prot. I. S. 25;

Urk. 82 Ziff. 25). Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sich die Kinder, insbesondere C.\_\_\_\_\_, in einem schwerwiegenden Loyalitätskonflikt befinden und sich kein autonomer und stabiler Zuteilungswunsch der Kinder eruieren lässt. Ihren Äusserungen kann somit bei der Frage der Obhutszuteilung kein ausschlaggebendes Gewicht zukommen. Die Ausführungen in C.\_\_\_\_\_'s Brief vom 22. April 2015 (Urk. 36) vermögen im Übrigen gerade keine Bestätigung für ihre Äusserungen in der zweiten Kinderanhörung zu liefern, lässt sich diesbezüglich nämlich eine Einflussnahme durch den Gesuchsgegner ebenfalls nicht ausschliessen. Wie auch die Prozessbeiständin zutreffenderweise bemerkt, entspricht die Wortwahl im Brief denn auch nicht einem 11 ½ jährigen Kind.

### 3.6. Kooperationsbereitschaft in Kinderbelangen

3.6.1. Der Gesuchsgegner bringt schliesslich vor, von der Hauptbetreuungsperson werde erwartet, den Kontakt des Kindes mit dem anderen Elternteil zu fördern. Seit der faktischen Trennung habe er die Kinder insgesamt nur rund sechs Mal gesehen, telefonische Kontakte mit den Kindern seien durch die Gesuchstellerin verwehrt worden (Urk. 82 Ziff. 45).

3.6.2. Die Gesuchstellerin führt diesbezüglich aus, sie habe sich an die Besuchsrechtsregelung des Gerichts gehalten. Den telefonischen Kontakt habe sie erst unterbunden, als klar geworden sei, dass der Gesuchsgegner die Kinder permanent beeinflusse. Die Kinder seien im September 2015 für ein ganzes Wochenende beim Gesuchsgegner gewesen. Eine zwischenzeitliche Zurückhaltung ihrerseits sei im Übrigen durchaus auch begründet, da es wiederholt zu Problemen bei der Besuchsrechtsausübung gekommen sei, wie auch durch die Email von Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_' vom 13./15. Juli 2015 (Urk. 92/12) bestätigt werde (Urk. 90 Ziff. 45).

3.6.3. Wie aus der E-mailkorrespondenz zwischen den beiden Parteivertretern (Urk. 92/11), aber auch aus dem Bericht des Beistandes (Urk. 96) hervorgeht, kam es zu über die erstinstanzliche Besuchsrechtsregelung hinausgehenden Kontakten zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner. So hält der Beistand in seinem Bericht vom 17. November 2015 fest, die Gesuchstellerin habe einge-

willigt, dass die Kinder alle zwei Wochen von Samstag 09:00 Uhr bis Sonntag 20:00 Uhr beim Gesuchsgegner verbringen dürfen. Anlässlich des Zukunftstages am 12. November 2015 habe C.\_\_\_\_\_ den Gesuchsgegner zudem bei der Arbeit begleiten können (Urk. 96 S. 2). Im Februar 2016 haben die Kinder des Weiteren eine Woche Ferien mit dem Gesuchsgegner verbracht (vgl. Urk. 107/2). Zudem bestätigt auch der Bericht der sozialpädagogischen Familienbegleitung, die Besuchsrechtsregelung funktioniere sehr gut (Urk. 121 S. 4). Dies widerlegt das Vorbringen des Gesuchsgegners, die Gesuchstellerin stehe einem Kontakt zwischen ihm und den Kindern im Wege, sondern spricht vielmehr stark für die grundsätzliche Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der Gesuchstellerin. Daran ändert auch nichts, dass sie die telefonischen Kontakte zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner einschränkte. In Anbetracht dessen, dass sich C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ in einem enormen Loyalitätskonflikt befinden und starke Anhaltspunkte für eine Beeinflussung der Kinder durch den Gesuchsgegner bestehen, erscheint diese Massnahme vielmehr als nachvollziehbarer Versuch der Gesuchstellerin, die emotionale Belastung der Kinder zu reduzieren. Die sozialpädagogische Familienbegleiterin hat sodann in ihrem Zwischenbericht eine Bereitschaft der Gesuchstellerin zur Zusammenarbeit festgestellt (Urk. 121 S. 4). Überdies ist zu berücksichtigen, dass dem Gesuchsgegner keineswegs eine ungetrübte Kommunikations- und Kooperationsbereitschaft zugeschrieben werden kann, was sich insbesondere durch die auf seine Veranlassung hin erfolgten Polizeiinterventionen manifestiert. So bot er am 4. Juli 2015 nach einem Besuchstag der Kinder bei ihm, mit der Begründung, die gemeinsamen Kinder würden sich vor dem neuen Lebenspartner der Gesuchstellerin und der Gesuchstellerin ängstigen und nicht in deren Wohnung zurückkehren wollen, die Polizei auf. Diese stellte in der Verfügung vom 14. Juli 2015 (Urk. 69 S. 3) allerdings Folgendes fest: "Die Kinder (...) machten zu keinem Zeitpunkt einen verängstigten Eindruck. (...) Es schien, dass die Kinder einen grossen Wert darauf legten, nichts Falsches im Sinne des Vaters zu tun. (...) Auf Grund der vorgenannten Begebenheiten ist davon auszugehen, dass der polizeiliche Einsatz bewusst und widerrechtlich von A.\_\_\_\_\_ verursacht wurde." Am 3. Dezember 2015 meldete sich der Gesuchsgegner erneut bei der Polizei und gab an, dass seine Kinder vom Freund der Gesuchstellerin

geschlagen worden seien. In der Verfügung vom 11. Dezember 2015 (Urk. 101/1) führte die Kantonspolizei Zürich allerdings aus: "Ob und was sich zwischen C.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ letztlich abgespielt hat, konnte durch uns nicht eruiert werden. Mutmasslich kam es zu einem verbalen Disput. (...) Die Polizei ist in Sachen der im Rapport aufgeführten Personen schon mehrfach ausgerückt und wird vor allem vom Kindsvater instrumentalisiert, um sich mutmasslich im laufenden Scheidungsverfahren besser zu stellen." Dass das vom Gesuchsgegner gegen die Gesuchstellerin initiierte Strafverfahren wegen Körperverletzung etc. gegenüber den Kindern zwischenzeitlich eingestellt wurde (vgl. Urk. 104), wurde bereits erwähnt (vgl. E. II.A.3.2.3). Obwohl den Parteien zu diesen Zeitpunkten bereits diverse Fachpersonen zur Seite standen, so der - mit Verfügung vom 21. Mai 2015 (Urk. 53) angeordnete und mit Beschluss der KESB Hinwil vom 2. Juni 2015 (Urk. 59) ernannte - Beistand von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, die sozialpädagogische Familienbegleiterin, die im Bericht der Kantonspolizei Zürich erwähnte Schulsozialarbeiterin und im Übrigen auch die Prozessbeiständin der Kinder (vgl. Urk. 60), sah der Gesuchsgegner wiederholt keine andere Alternative, als auftretenden Schwierigkeiten im Zusammenhang mit den Kindern durch den - zumindest aus deren Perspektive unberechtigten - Beizug der Polizei zu begegnen. Dies spricht deutlich gegen seine Kooperationsbereitschaft mit der Gesuchstellerin und den involvierten Fachpersonen.

### 3.7. Fazit

Resümiert erscheinen beide Parteien und insbesondere auch die Gesuchstellerin erziehungsfähig. Die bisherige Betreuung und vor allem auch die Möglichkeit der inskünftig persönlichen Betreuung sprechen klar für eine Zuteilung der Obhut über C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ an die Gesuchstellerin. Sodann ist im Sinne des Kindeswohls die Stabilität der Verhältnisse hoch zu gewichten. Die Kinder fühlen sich in ihrer derzeitigen Schule wohl und verfügen bei der Gesuchstellerin in J.\_\_\_\_\_ auch über einen Freundeskreis. Sie sollen nicht ohne Not aus ihrem dortigen sozialen Umfeld gerissen werden. Eine Obhutzuteilung an den Gesuchsgegner wäre aber zwangsläufig mit einem Wegzug aus J.\_\_\_\_\_ und somit mit einem Schulwechsel verbunden. Der Gesuchsgegner vermochte sodann kein einheitliches,

überzeugendes Betreuungskonzept während seinen beruflich bedingten, beträchtlichen Abwesenheiten zu präsentieren. Die Gesuchstellerin hat des Weiteren bereits bewiesen, dass sie trotz den Vorkommnissen und den nicht unerheblichen Differenzen zwischen den Parteien in der Vergangenheit dafür besorgt ist, dass die Beziehung der Kinder zum Gesuchsgegner bestehen bleibt. Die Obhut über C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ ist daher in Übereinstimmung mit der Vorderrichterin für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zuzuteilen. Allfälligen Bedenken hinsichtlich einer Überforderung der Gesuchstellerin beziehungsweise Kommunikations- und Kooperationsschwierigkeiten der Parteien wurde mit den (nicht angefochtenen) flankierenden Massnahmen gemäss Dispositivziffer 4 (Beistandschaft und sozialpädagogische Familienbegleitung) hinreichend Rechnung getragen.

## B. Besuchsrecht

1. Die Vorinstanz erklärte den Gesuchsgegner für berechtigt, die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ je am ersten und dritten Samstag eines jeden Monats von 09:00 Uhr bis 20:00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Von einem Ferienbesuchsrecht des Gesuchsgegners sah sie ab (Urk. 74 S. 21 f. und S. 32, Dispositivziffer 3).

2.1. Der Gesuchsgegner beantragt berufungsweise, er sei berechtigt zu erklären, die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitag 18:00 Uhr bis Sonntag 18:00 Uhr, jeden Mittwochnachmittag von 14:00 Uhr bis 19:00 Uhr sowie während den Schulferien für die Dauer von vier Wochen pro Jahr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Ausserdem sei er berechtigt zu erklären, unter der Woche jeweils am Montag und am Donnerstag zwischen 17:00 Uhr und 18:00 Uhr mit den Kindern telefonisch Kontakt aufzunehmen. Der Gesuchsgegner führt aus, die anfänglichen Schwierigkeiten bei der Besuchsrechtsausübung könnten nicht allein ihm angelastet werden. Er habe lediglich versucht, den Wünschen seiner Kinder nachzukommen. Heute wisse er, dass das Zurückhalten der Kinder nicht richtig gewesen sei und er diese - auch gegen deren ausdrücklich geäusserten Wunsch - nach Ablauf des Besuchstages wieder zur Gesuchstellerin hätte zurückbringen müssen. Die Kinder hätten im Laufe des Verfahrens immer wieder klar zum Aus-

druck gebracht, wie sehr sie es geniessen würden, Zeit mit ihm zu verbringen. Insbesondere D.\_\_\_\_\_ habe von Anfang an ausgeführt, dass er gerne mehr Zeit mit ihm verbringen würde, auch unter der Woche. Der Wunsch der Kinder sei von der Vorinstanz ungenügend berücksichtigt worden (Urk. 82 S. 4 und 21 ff.).

2.2. Die Gesuchstellerin erklärt sich mit der Ausdehnung des zweiwöchentlichen Besuchsrechts einverstanden. Hingegen sei zu vermeiden, dass unter der Woche auch noch Unruhe entstehe. Zudem könne ein Besuchsrecht am Mittwochnachmittag je nach Schichtenzuteilung des Gesuchsgegners gar nicht eingehalten werden. Die Kinder sollten auch am freien Nachmittag mit ihrem Umfeld und ihrer Umwelt in Kontakt sein können und nicht immer zum Gesuchsgegner nach Zürich gehen müssen. Ein angemessenes Ferienbesuchsrecht sei denkbar. Allerdings habe der Gesuchsgegner ihr die Kinder bereits zweimal vorenthalten. Dies müsse in Zukunft wirksam verhindert werden, weshalb das Ferienbesuchsrecht mit der Weisung zu verbinden sei, mit den Kindern nicht ins Ausland zu reisen. Bezüglich des telefonischen Kontakts sei zu beachten, dass der Gesuchsgegner anlässlich dieser Gespräche die Kinder permanent gegen sie aufgebracht habe. Solange das Betreiben des Gesuchsgegners andauere, sei ein solcher Kontakt daher nicht zu gewähren. Beruhige sich die Situation wirklich, dann könnte dereinst auch ein telefonisches Besuchsrecht vereinbart werden (Urk. 90 Ziff. 62 ff.).

3.1. Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB hat der nicht obhutsberechtigte Elter Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem Kinde. Hinsichtlich der rechtlichen Kriterien zum persönlichen Verkehr kann auf die zutreffenden Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden (Urk. 74 E. V.2). Zu ergänzen bleibt, dass nach Lehre und Rechtsprechung dieses Recht nicht allein das Recht auf Besuche beim nicht obhutsberechtigten Elternteil beinhaltet, sondern auch die gesamte verbale und nonverbale Kommunikation. So steht zwar das Besuchsrecht im Vordergrund, jedoch gehören auch telefonischer und brieflicher Kontakt sowie ein solcher über Email und SMS dazu (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 ZGB N 2, BK-Hegnauer, Art. 273 ZGB N 79 ff.).

3.2. Die Ausführungen der Kinder anlässlich der Kinderanhörungen (Prot. I. S. 31 ff. und 41 ff.) sowie auch der Brief von C.\_\_\_\_\_ (Urk. 36) lassen auf eine in-

nige Beziehung der Kinder zum Gesuchsgegner schliessen. Zu diesem Schluss kommt im Übrigen auch der Beistand (Urk. 96 S. 2) aufgrund seiner Gespräche mit den Kindern. Die Beziehungspflege zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner entspricht demnach dem Wohl der Kinder.

Wie aus den Ausführungen des Gesuchsgegners im Rahmen der Stellungnahme zur schriftlichen Auskunft des Beistandes (Urk. 102 S. 3), dem im Recht liegenden Emailverkehr zwischen den Rechtsvertretern der Parteien (Urk. 92/11) und dem Bericht des Beistandes (Urk. 96 S. 2) hervorgeht, hat der Gesuchsgegner die Kinder seit dem erstinstanzlichen Verfahren alle zwei Wochen von Samstag 09:00 Uhr bis Sonntag 20:00 Uhr zu sich auf Besuch genommen. Die Gesuchstellerin steht einer Weiterführung des Besuchsrechtes des Gesuchsgegners in diesem Umfang nicht entgegen. Diese Regelung scheint sich denn auch, was den zeitliche Rahmen anbelangt, bewährt zu haben, weshalb dem Gesuchsgegner am ersten und dritten Wochenende des Monats ein entsprechendes Besuchsrecht von Samstag 09:00 Uhr bis Sonntag 20:00 Uhr einzuräumen ist.

Hingegen widersetzt sich die Gesuchstellerin einem Besuchsrecht des Gesuchsgegners am Mittwochnachmittag. Diesbezüglich ist zu bemerken, dass die Kinder in der Vergangenheit einem erheblichen Loyalitätskonflikt ausgesetzt waren und unter den Konflikten der Eltern aktenkundig gelitten haben. Es ist auch nicht auszublenden, dass es in jüngerer Vergangenheit im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechtes zu Komplikationen kam. Vor diesem Hintergrund ist das Anliegen der Gesuchstellerin, es sei zu verhindern, dass unter der Woche für die Kinder zusätzliche Unruhe entstehe (Urk. 90 Ziff. 69), im Hinblick auf das Kindeswohl achtenswert. Zu berücksichtigen ist denn auch, dass die Kinder während der Woche nicht nur den schulischen, sondern auch ihren ausserschulischen Aktivitäten (Nachhilfeunterricht, Klavierstunde, Singen, Fussball [vgl. Prot. I. S. 31 ff.; Urk. 96 S. 2]) nachkommen und soziale Kontakte zu anderen Kindern pflegen können sollen. Der Gesuchsgegner wohnt in Zürich, die Kinder hingegen in J.\_\_\_\_\_, sodass für Besuche am Mittwochnachmittag jeweils auch noch ein nicht unbeachtlicher zeitlicher Aufwand für den Weg anfallen würde. Die Ausübung eines wöchentlichen Besuchsrechtes am Mittwochnachmittag erscheint somit vor dem Hintergrund, dass den Kindern inskünftig zu ermöglichen ist, (gerade auch

unter der Woche) zur Ruhe zu kommen, nicht sachgerecht. Dem von den Kindern sowohl gegenüber der Vorinstanz als auch gegenüber ihrer Rechtsbeiständin geäusserten Wunsch, mit dem Gesuchsgegner auch unter der Woche in regelmässigem Kontakt stehen zu können (vgl. Prot. I. S. 34; Urk. 36; Urk. 92/11), gilt es jedoch Rechnung zu tragen. Es ist daher dem Grundsatz nach festzuhalten, dass der Gesuchsgegner berechtigt ist, jeweils am Montag und am Donnerstag während insgesamt je einer Stunde mit den Kindern zu telefonieren. Nicht sinnvoll erscheint es vorliegend - angesichts der unregelmässigen Arbeitszeiten des Gesuchsgegners infolge seiner Schichtarbeit sowie der Freizeitaktivitäten der Kinder -, für das Telefonat eine explizite Uhrzeit festzulegen.

Mit Blick auf das Ferienbesuchsrecht ist zunächst festzuhalten, dass die Kinder im Februar 2016 bereits eine Woche Ferien mit dem Gesuchsgegner verbracht haben (vgl. Urk. 107/2) und beide Kinder gegenüber der sozialpädagogischen Familienbegleiterin den Wunsch anbrachten, in den Ferien mehr Zeit mit dem Gesuchsgegner verbringen zu können (Urk. 121 S. 3). Hinsichtlich des Vorbringens der Gesuchstellerin, das Ferienbesuchsrecht sei inskünftig auf die Schweiz zu beschränken, ist zu bemerken, dass es zwar in der Vergangenheit im Zusammenhang mit der Rückgabe der Kinder nach Ausübung des Besuchsrechts des Gesuchsgegners zu Komplikationen kam. Der Gesuchsgegner räumt jedoch diesbezüglich ein Fehlverhalten seinerseits ein (vgl. Urk. 82 Ziff. 63). Selbst wenn der Gesuchsgegner sodann Drohungen ausgesprochen haben sollte, es werde Probleme geben, wenn er die Obhut für die Kinder nicht erhalte, ist festzuhalten, dass keinerlei Anhaltspunkte für ein Vorhaben des Gesuchsgegners, sich mit den Kindern ins Ausland abzusetzen, vorliegen. Die Gefahr einer Kindesentführung besteht insofern nicht. Es erscheint somit gerechtfertigt, dem Gesuchsgegner ein (örtlich nicht limitiertes) Ferienbesuchsrecht von jährlich vier Wochen während den Schulferien einzuräumen. Die Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat er mindestens drei Monate im Voraus mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

3.3. Damit ist der Gesuchsgegner für berechtigt zu erklären, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ am ersten und dritten Wochenende des Monats von Samstag 09:00 Uhr bis Sonntag 20:00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Weiter ist der Gesuchsgegner berechtigt zu erklären, die Kinder für vier

Wochen jährlich während den Schulferien auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Sodann ist er für berechtigt zu erklären, mit C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ jeweils montags und donnerstags während insgesamt je einer Stunde ein Telefonat zu führen.

C. Beistandschaft, eheliche Wohnung und Unterhalt

Für den Eventualfall, dass die vorinstanzliche Obhutszuteilung bestätigt wird, hat der Gesuchsgegner die Anordnung betreffend Beistandschaft (Dispositivziffer 4) und die Unterhaltsbeiträge für die beiden Kinder (Dispositivziffer 7) nicht angefochten (vgl. Urk. 82 S. 4), weshalb es bei der - sachgerechten - Regelung der Vorinstanz bleibt. Daran ändert im Ergebnis auch der Umstand nichts, dass die Gesuchstellerin ab August 2015 keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgeht und ab diesem Zeitpunkt somit kein Einkommen mehr erzielt (Urk. 90 Ziff. 11; Urk. 92/10) und dass sich der ihr anrechenbare Bedarf ab diesem Zeitpunkt um die berufsbedingten Positionen (Auswärtige Verpflegung Fr. 110.– und Mittagstisch Kinder Fr. 500.–) auf Fr. 4'941.– verringert. Diese Änderungen, die aufgrund der (auch) im Berufungsverfahren geltenden Untersuchungsmaxime (vgl. BGer 5A\_807/2012 vom 6. Februar 2013, E. 4.2.3) von Amtes wegen zu berücksichtigen sind, haben angesichts des nach wie vor erheblichen Mankos bzw. der unverändert fehlenden Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners zwar keine Änderung der Unterhaltsbeiträge zur Folge. Sie sind bei der Feststellung der finanziellen Verhältnisse der Parteien im Dispositiv aber festzuhalten. Mit Bezug auf die eheliche Wohnung an der ... [Adresse] ist zu bemerken, dass der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren deren Zuteilung an die Gesuchstellerin zur alleinigen Benutzung beantragt hat (Urk. 82 S. 3, Antrag 5). Die Gesuchstellerin hat mit Eingabe vom 4. Juli 2016 (Urk. 131 S. 3) allerdings mitgeteilt und durch den Mietvertrag vom 21./28. Juni 2016 (Urk. 133/1) auch belegt, dass sie die eheliche Wohnung verlassen hat und per 1. Juli 2016 in eine neue Wohnung an der ... [Adresse] umgezogen ist. Der Antrag des Gesuchsgegners auf Zuteilung der ehelichen Wohnung an die Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens ist somit offensichtlich gegenstandslos und abzuschreiben.

D. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Vorinstanz setzte die Gerichtskosten unangefochten auf Fr. 4'950.– (Entscheidgebühr von Fr. 4'200.– und Dolmetscherkosten von Fr. 750.–) fest und behielt weitere Auslagen, insbesondere die Kosten der Vertretung der Kinder, vor (Dispositivziffer 10). Sie auferlegte die Kosten dem Gesuchsgegner, wobei diese zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen wurden (Dispositivziffer 11). Zudem verpflichtete sie den Gesuchsgegner, der Gesuchstellerin eine (volle) Parteientschädigung von Fr. 12'000.– zu bezahlen (Dispositivziffer 12).

Der Gesuchsgegner beantragt die Aufhebung der Dispositivziffern 11 und 12 des angefochtenen Entscheides (Urk. 82 S. 4). Zur Begründung führt er aus, entgegen der Auffassung der Vorinstanz habe er gute Gründe für seine Antragsstellung betreffend die Kinderbelange geltend gemacht. Es könne nicht von einem vexatorischen Antrag gesprochen werden. Sodann sei die Gesuchstellerin mit Bezug auf die Höhe der Unterhaltsbeiträge, die beantragte Zahlungsanweisung sowie die Schutzmassnahmen unterlegen, was bei der Verteilung von Kosten und Entschädigung ebenfalls zu berücksichtigen sei (Urk. 82 S. 20 f.).

2. Die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung; Art. 95 Abs. 1 ZPO) sind von den Parteien grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen zu tragen. Obsiegt keine Partei vollständig, so werden sie in der Regel nach dem Ausgang des Verfahrens auferlegt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). In familienrechtlichen Verfahren kann von diesen Grundsätzen abgewichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilt werden (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO).

3.1. Umstritten waren im erstinstanzlichen Verfahren im Wesentlichen die Obhut über die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, der Umfang und die Ausgestaltung des Besuchsrechts sowie die (Kinder-)Unterhaltsbeiträge. Bei den übrigen Punkten handelt es sich um Nebenpunkte, die aufwandmässig kaum ins Gewicht fallen. Gemäss ständiger Praxis der entscheidenden Kammer sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf die Kinderbelange (mit Ausnahme der Kinderunterhaltsbeiträge) - unabhängig vom Verfahrensausgang - den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wetzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten

(vgl. ZR 84 [1985] Nr. 41). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen mit Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge richten sich demgegenüber nach Obsiegen und Unterliegen.

3.2. Im vorliegenden Verfahren kann nicht gesagt werden, dass Anträge gestellt worden wären, die nicht achtenswert sind. Insbesondere kann dem Gesuchsgegner nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er seine Meinung hinsichtlich der Zuteilung der Obhut an die Gesuchstellerin - aus welchen Gründen auch immer - im Laufe der Zeit änderte. Die Ausführungen der Vorinstanz in Erwägung X.4 (Urk. 74 S. 29 f.) dazu, weshalb die Kosten vollumfänglich dem Gesuchsgegner aufzuerlegen seien (haltlose Vorwürfe gegenüber der Gesuchstellerin, fehlendes Betreuungskonzept, ungeeignete Wohnsituation des Gesuchsgegners), beschlagen sodann auch allesamt die materiellrechtliche Begründetheit der Anträge des Gesuchsgegners. Die Erfolgchancen der Anträge einer Partei stehen im Zusammenhang mit der Kostenaufgabe bei Kinderbelangen aber gerade nicht im Vordergrund. Im Übrigen lag, wie die diversen vorgenommenen Abklärungen (zwei Kinderanhörungen, Bericht des Beistandes, Bericht der sozialpädagogischen Familienbegleitung) zeigen, gerade keine vollkommen klare Situation vor, in welcher auf den ersten Blick der Entscheid getroffen werden konnte. Die Parteien sind somit mit Bezug auf die Zuteilung der Obhut über die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ sowie hinsichtlich des Besuchsrechts je zur Hälfte als obsiegende Partei zu betrachten.

3.3. Mit Bezug auf die Unterhaltsbeiträge beantragte die Gesuchstellerin die Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 1'100.- monatlich je Kind ab Januar 2015 (Urk. 18 S. 1 und 4). Der Gesuchsgegner machte geltend, im Fall der Zuteilung der Obhut an die Gesuchstellerin sei er bereit, für die Kinder Unterhalt zu bezahlen, vielmehr als die Kinderzulagen werde er aber nicht leisten können (Prot. I. S. 24). Ausgehend von einer Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von zwei Jahren ab Aufnahme des Getrenntlebens verlangte die Gesuchstellerin im erstinstanzlichen Verfahren somit Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 52'800.-. Im Ergebnis wird die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners ab 8. Januar 2015 auf monatlich Fr. 625.- je Kind zuzüglich allfälliger gesetz-

licher oder vertraglicher Kinderzulagen festgesetzt, was über eine mutmassliche Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von zwei Jahren ab Aufnahme des Getrenntlebens insgesamt Fr. 30'000.– ergibt. Die Parteien obsiegen somit in Bezug auf die Unterhaltsfrage ebenfalls rund hälftig.

3.4. Gesamthaft betrachtet ist von einem hälftigen Obsiegen und Unterliegen der Parteien auszugehen. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, wobei die Kosten zufolge der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Die Parteient-schädigungen sind wettzuschlagen.

#### IV.

##### A. Unentgeltliche Rechtspflege / Prozessvertretung

1. Sowohl der Gesuchsgegner (Urk. 82 S. 5) als auch die Gesuchstellerin (Urk. 90 S. 3) haben für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt.
2. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie mittellos und ihr Prozesstandpunkt nicht aussichtslos ist (Art. 117 lit. a und b ZPO) und sie zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtskundige Vertretung angewiesen ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigener Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 117 N 4).
3. Der Gesuchsgegner macht zur Begründung seines prozessualen Armenrechtsgesuches geltend, seine finanzielle Situation habe sich seit Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens nicht verändert (Urk. 82 Ziff. 73). Da die erstinstanzliche Unterhaltsregelung für den Eventualfall der Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin nicht angefochten wurde (vgl. Urk. 82 S. 4), bleibt es bei den Unterhalts-

beitragen von Fr. 625.– je Kind (Urk. 74 Dispositivziffer 7). Nach Deckung des eigenen Existenzminimums und nach Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber den beiden Kindern verbleibt dem Gesuchsgegner kein Überschuss (Urk. 74 E. VIII.). Alsdann ist er hoch verschuldet (vgl. Urk. 21/8-11) und es läuft - nach Angaben des Gesuchsgegners (Urk. 82 S. 24) - weiterhin eine Lohnpfändung (vgl. auch Urk. 21/6). Damit ist die Mittellosigkeit des Gesuchsgegners nach wie vor zu bejahen. Schliesslich war der Verfahrensstandpunkt des Gesuchsgegners nicht von vornherein aussichtslos und er war als rechtsunkundige Partei zur gehörigen Führung des Prozesses auf eine Rechtsverbeiständung angewiesen. Da damit die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege im Fall des Gesuchsgegners erfüllt sind, ist ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und die von ihm beantragte unentgeltliche Rechtsvertretung beizugeben.

4. Mit Bezug auf ihr Armenrechtsgesuch macht die Gesuchstellerin geltend, dass sie nach wie vor sozialhilfeabhängig sei. Zudem bestehe jetzt auch keine Anstellung mehr (Urk. 90 S. 25). Ein entsprechender Beleg der Sozialbehörde J.\_\_\_\_\_ über die Auszahlung von Unterstützungsleistungen (Urk. 17/6) sowie das Kündigungsschreiben der Gesuchstellerin an die Arbeitgeberin L.\_\_\_\_\_ AG vom 24. Juni 2015 (Urk. 91/10) liegen im Recht. Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ist somit glaubhaft. Nachdem nicht von vornherein gesagt werden konnte, dass die Gewinnaussichten der Gesuchstellerin beträchtlich geringer waren als die Verlustgefahren, und die Gesuchstellerin ausserdem auf einen Rechtsbeistand zur Wahrung ihrer Interessen angewiesen war, ist der Gesuchstellerin auch im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

5. Den Kindern C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ wurde mit Verfügung der Vorinstanz vom 4. Juni 2015 Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_ als Prozessvertreterin bestellt (Urk. 60 Dispositivziffer 1). Diese Bestellung gilt auch für das vorliegende Verfahren.

B. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren zu befinden.
2. Das vorliegende Berufungsverfahren erweist sich für ein summarisches Verfahren als verhältnismässig aufwändig. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt es sich - in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1 und 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) -, eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 5'500.- festzusetzen.
  - 3.1. Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren im Wesentlichen die Zuteilung der Obhut und die Festlegung des Besuchsrechts. Die Regelung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen war vom Aufwand her marginal.
  - 3.2. Nach dem vorstehend Gesagten (E. III.D.3.1-2) hatten die Parteien mit Bezug auf die Obhuts- und die Besuchsrechtsregelung auch im Berufungsverfahren gute Gründe für die Stellung ihrer Anträge und sind deshalb je zur Hälfte als obsiegende Partei zu betrachten. Dementsprechend sind die Kosten des Berufungsverfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen und ist keine gegenseitige Parteienentschädigung festzulegen. Zuzugabe der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind die Gerichtsgebühren jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Parteien sind auf ihre Rückzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.
  - 3.3. Ferner sind die Kosten der Prozessbeiständin der Kinder den Eltern – entsprechend der Praxis zu den Kindesschutzmassnahmen – unabhängig vom Verfahrensausgang je zur Hälfte aufzuerlegen (*OGer ZH LE130019 vom 7.6.2013 E. IV.6; OGer ZH LY120003 vom 23.7.2012 E. III.3*). Die Prozessbeiständin wird für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren praxisgemäss vorab aus der Gerichtskasse zu entschädigen sein. Über die Höhe ihres Honorars wird mit separatem Beschluss zu entscheiden sein.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffern 1, 6 und 8 bis 10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 11. Juni 2015 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Der Antrag des Gesuchsgegners auf Zuteilung der ehelichen Wohnung an der ... [Adresse] für die Dauer des Getrenntlebens an die Gesuchstellerin wird zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
3. Der Antrag der Verfahrensbeteiligten sowie der Eventualantrag des Gesuchsgegners betreffend Einholung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens über beide Parteien wird abgewiesen.
4. Der Antrag der Verfahrensbeteiligten auf erneute Fristansetzung zur Antragsstellung nach Vorliegen des Gutachtens wird abgewiesen.
5. Beiden Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.  
Der Gesuchstellerin wird in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_  
und dem Gesuchsgegner in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_  
eine unentgeltliche Rechtsvertretung bestellt.
6. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Kinder C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm. 2003, und D. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.

2. a) Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, die Kinder am ersten und dritten Wochenende des Monats von Samstag 09:00 Uhr bis Sonntag 20:00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.  
  
b) Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, die Kinder jährlich in den Schulferien während vier Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Gesuchsgegner hat die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus mit der Gesuchstellerin abzusprechen.  
  
c) Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, am Montag sowie am Donnerstag während je einer Stunde mit den Kindern zu telefonieren.
3. Die mit Verfügung vom 21. Mai 2015 angeordnete Beistandschaft wird weitergeführt. Dem Beistand wird zusätzlich zu den Aufgaben und Kompetenzen gemäss der obgenannten Verfügung der Auftrag erteilt, eine sozialpädagogische Familienbegleitung zu installieren und zu überwachen und für deren Finanzierung besorgt zu sein.
4. a) Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, für die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ Unterhaltsbeiträge von je Fr. 625.– zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen, jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend per 8. Januar 2015.  
  
b) Der Antrag betreffend Anweisung der Arbeitgeberin des Gesuchsgegners auf direkte Überweisung der Unterhaltsbeiträge wird abgewiesen.

c) Die Unterhaltsbeiträge gemäss lit. a vorstehend basieren auf den folgenden finanziellen Verhältnissen der Parteien (pro Monat):

- Einkommen der Gesuchstellerin: bis 31.07.2015: netto ca. Fr. 1'600.–  
ab 1.08.2015: Fr. 0.–
- Einkommen des Gesuchsgegners: netto Fr. 4'386.–  
(zuzüglich Kinderzulagen)
- Notbedarf der Gesuchstellerin: bis 31.07.2015: Fr. 5'551.–  
ab 1.08.2015: Fr. 4'941.–
- Notbedarf des Gesuchsgegners: Fr. 3'139.–

5. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren (Fr. 4'950.– [inklusive Fr. 750.– Dolmetscherkosten] zuzüglich Kosten für die Prozessbeiständin der Kinder) werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt. Die Kosten für die Aufwendungen der Prozessbeiständin der Kinder bleiben vorbehalten.
8. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren (inkl. der Kosten für die Aufwendungen der Prozessbeiständin der Kinder) werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
9. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

10. Schriftliche Mitteilung an

- die Parteien,
- die Prozessbeiständin der Kinder Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_,
- die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Hinwil, Postfach 551, 8630 Rüti,
- den Beistand M.\_\_\_\_\_, Kinder- und Jugendhilfezentrum J.\_\_\_\_\_, ... [Adresse],
- das Migrationsamt des Kantons Zürich,
- die Vorinstanz,

je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

11. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 15. August 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:  
kt